

I WORKING PAPERS DI

OLYMPUS

1/2011

Paolo Pascucci

La nuova disciplina della
sicurezza sul lavoro del
2008/2009: una rapsodia su
novità e conferme

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS

Registrato presso il Tribunale di Urbino al n. 230 del 12 maggio 2011

“I Working Papers di Olympus” costituiscono una raccolta seriale e progressiva, pubblicata *on line*, di saggi dedicati specificamente al Diritto della salute e sicurezza sul lavoro e si collocano fra le iniziative dell’Osservatorio “Olympus” dell’Università di Urbino “Carlo Bo” (<http://olympus.uniurb.it>) mirando a valorizzare, mediante contributi scientifici originali, l’attività di monitoraggio della legislazione e della giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro svolta dall’Osservatorio. I saggi inseriti ne “I Working Papers di Olympus” valgono a tutti gli effetti di legge quali pubblicazioni.

Direttore Responsabile

Paolo Pascucci

Comitato Scientifico

Edoardo Ales, Joaquin Aparicio Tovar, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Mark Bell, Lauralba Bellardi, Antonio Bergamaschi, Franca Borgogelli, Piera Campanella, Umberto Carabelli, Franco Carinci, Bruno Caruso, Carlo Cester, Maurizio Cinelli, Beniamino Deidda, Olaf Deinert, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Gisella De Simone, Giuseppe Ferraro, Lorenzo Gaeta, Enrico Gragnoli, Teun Jaspers, Pietro Lambertucci, Vito Leccese, Bruno Maggi, Sandro Mainardi, Arturo Maresca, Franz Marhold, Lucio Monaco, Luigi Montuschi, Mario Napoli, Luca Nogler, Alessandra Piongia, Giampiero Proia, Maurizio Ricci, Roberto Romei, Mario Rusciano, Corinne Sachs-Durand, Rosario Santucci, Franco Scarpelli, Silvana Sciarra, Alfonso Stile, Patrizia Tullini, Antonio Vallebona, Antonio Viscomi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli

Comitato di Direzione

Alberto Andreani, Olivia Bonardi, Alessandro Bondi, Laura Calafà, Stefano Giubboni, Michela Marchiori, Gabriele Marra, Paolo Polidori, Gaetano Natullo

Comitato di Redazione

Luciano Angelini e Chiara Lazzari (coordinatori di redazione), Romina Allegrezza, Arianna Arganese, Michela Bramucci Andreani, Silvano Costanzi, Stefano Costantini, Lucia Isolani, Laura Martufi, Natalia Paci

Pubblicazione grafica

Sebastiano Miccoli

Sede

OLYMPUS – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Carlo Bo” di Urbino

Via Matteotti, 1

I - 61029 Urbino (PU) Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955

<http://olympus.uniurb.it>; olympus@uniurb.it

PROCEDURA PER LA PUBBLICAZIONE

I saggi destinati alla pubblicazione su “I Working Papers di Olympus” debbono riguardare prevalentemente tematiche attinenti al Diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori analizzate da una o più delle seguenti prospettive: Diritto del lavoro, Diritto penale, Diritto costituzionale, Diritto civile, Diritto processuale civile, Diritto processuale penale, Diritto comunitario, Diritto internazionale, Diritto comparato, Diritto amministrativo, Storia del diritto.

Dato il necessario carattere interdisciplinare della materia, oltre a saggi giuridici possono essere pubblicati anche saggi che si occupino della salute e della sicurezza dei lavoratori da altri punti di vista scientifici – quali, ad esempio, quello economico, statistico, sociologico, medico, psicologico, dell’organizzazione, ingegneristico ecc. – purché tali saggi siano riferibili ad aspetti considerati nella legislazione o nella giurisprudenza.

I saggi debbono essere redatti in formato elettronico e la loro lunghezza, di norma, non deve eccedere complessivamente il numero di 150.000 caratteri spazi inclusi, comprensivi di note e bibliografia.

Gli apparati di note e bibliografici possono essere redatti in una delle seguenti forme:

1) tradizionali note ordinate progressivamente a piè di pagina con il riferimento numerico di ogni nota in esponente nel testo. In tal caso non è necessario un elenco bibliografico finale;

2) riferimenti bibliografici inseriti direttamente nel testo tra parentesi, con l’indicazione del cognome dell’autore, dell’anno di pubblicazione e della pagina citata (es.: Giugni, 1960, 122) – e con un elenco finale in ordine alfabetico di tutti i riferimenti bibliografici effettuati (es.: Giugni G., 1960: *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano). Nel caso di più opere di uno stesso autore, dopo l’anno va indicata una lettera dell’alfabeto in ordine crescente in relazione alla data di pubblicazione (es.: Giugni, 1960a, 122). Nel caso di cognomi uguali, dopo il cognome va indicata la lettera maiuscola iniziale del nome di battesimo (es.: Zoppoli L., 1984, 111).

I saggi debbono essere inviati al Direttore, esclusivamente per posta elettronica, al seguente indirizzo: paolo.pascucci@uniurb.it.

Tutti i saggi ricevuti, commissionati dalla Direzione o proposti dagli autori, saranno sottoposti alla preventiva lettura di due componenti del Comitato scientifico. La pubblicazione dei saggi proposti dagli autori sarà condizionata al giudizio espresso dai due componenti del Comitato scientifico che li leggeranno in forma anonima. La stessa procedura vale per i saggi in lingua inglese, francese, spagnola e tedesca, i quali, ove ottengano giudizio favorevole, saranno pubblicati nella lingua d’origine.

I saggi pubblicati su “I Working Papers di Olympus” potranno essere successivamente destinati anche a libri o riviste in formato cartaceo purché se ne dia adeguatamente conto in sede di pubblicazione elettronica.

Ogni saggio deve essere accompagnato da un breve *abstract* in italiano e in inglese, dall’indicazione di 6 parole chiave in italiano e in inglese, dall’indirizzo di posta elettronica dell’autore e dalla qualifica accademica o professionale di quest’ultimo.

Paolo Pascucci

La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme

I WORKING PAPERS DI OLYMPUS – 1/2011 - <http://olympus.uniurb.it>

I contenuti di questa opera sono rilasciati sotto Licenza Creative Commons Attribuzione - Non opere derivate 2.5 Italia License

Paolo Pascucci è professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Urbino "Carlo Bo"

paolo.pascucci@uniurb.it

Abstract

Il saggio analizza alcuni aspetti della nuova disciplina italiana della salute e sicurezza dei lavoratori entrata in vigore con il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, cercando di evidenziare novità e conferme rispetto alla precedente disciplina contenuta nel d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626. In particolare si sofferma l'attenzione sull'importanza della dimensione organizzativa della prevenzione che costituisce forse la maggiore innovazione apportata dal legislatore.

The paper examines some aspects of the new Italian laws regarding health and safety of workers coming into force of the Legislative Decree April 9, 2008, no. 81, as amended by Legislative Decree August 3, 2009, no. 106, seeking to highlight news and confirmations from the previous regulations contained in Legislative Decree September 19, 1994, no. 626. In particular, the paper focuses attention on the importance of the organizational dimension of prevention which is perhaps the greatest innovation introduced by the legislature.

Parole chiave: salute, sicurezza, lavoro, novità, conferme, organizzazione

Keywords: health, safety, work, news, confirmations, organization

ISSN 2239-8066

OLYMPUS

Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro

Facoltà di Giurisprudenza – Università di Urbino "Carlo Bo"

Via Matteotti, 1 – 61029 Urbino (Italy)

Tel. 0722 303250 – Fax 0722 2955 – olympus@uniurb.it

<http://olympus.uniurb.it>

La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme

1/2011

di Paolo Pascucci *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I motivi di interesse per il tema. – 3. Una prima parziale novità: il lavoratore. – 4. Un'altra parziale novità: la valutazione dei rischi. – 5. Le novità del sistema istituzionale. – 6. La novità-conferma della delega di funzioni. – 7. Conferme e qualche innovazione sull'individuazione del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse private e pubbliche. – 8. Il diritto della sicurezza sul lavoro dopo il d.lgs. n. 81/2008: oltre il principio di effettività? – 9. Diffusione delle responsabilità e garanzia del sistema. – 10. Principio di effettività e assetti organizzativi. – 11. Una malaugurata conferma: il mancato chiarimento sul ruolo "solo" consulenziale del RSPP. – 12. Rappresentanza collettiva dei lavoratori e organizzazione del sistema prevenzionistico. – 13. Obbligo di formazione e responsabilità del lavoratore: un'altra novità?

1. Premessa

Sebbene più di tre anni siano ormai trascorsi dall'emanazione del d.lgs. n. 81/2008 ¹, non è semplice tentare di tracciare un primo bilancio dell'applicazione della nuova disciplina italiana sulla salute e sicurezza dei lavoratori.

* Questo scritto – che dedico al ricordo di Mario Giovanni Garofalo – costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, sia della relazione presentata al convegno organizzato a Venezia il 24 giugno 2011 dall'Università "Ca' Foscari" e dall'AGI su "Sicurezza sul lavoro: prime riflessioni a tre anni dalla riforma", sia della relazione presentata all'incontro di studio svoltosi a Milano il 16 maggio 2011 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore su "L'impresa e i soggetti della sicurezza". Questo scritto è destinato alla pubblicazione anche negli *Atti* del convegno veneziano poc'anzi citato.

¹ La più recente analisi dell'intero decreto si rinviene in *La nuova sicurezza sul lavoro. D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, 3 volumi, Bologna, 2011.

Infatti, il tempo da monitorare si riduce considerevolmente visto che da quei tre anni occorre dedurre i 15 mesi intercorsi dalla data di entrata in vigore del decreto originario e quella di approvazione del suo decreto correttivo, il d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106 fino al cui avvento il d.lgs. n. 81/2008 è rimasto, per così dire, in una sorta di limbo, non foss'altro per l'incertezza sulla natura e sul taglio dell'intervento correttivo che ha regnato fino alla sua definitiva approvazione.

Oltre a ciò, a tutt'oggi il complessivo disegno regolativo del d.lgs. n. 81/2008 attende non pochi interventi di completamento, sia mediante una decretazione ministeriale combinata con i pareri delle Regioni, data la competenza concorrente in materia prevista dall'art. 117 Cost.², sia tramite accordi da adottare sempre in sede di confronto tra Stato e Regioni a conferma dell'applicazione in materia del principio di "leale collaborazione" più volte caldeggiato dalla Corte costituzionale.

Limitandosi solo al Titolo I del decreto, in molti casi si tratta di regole che condizionano sospensivamente il vero e proprio decollo della nuova disciplina legislativa, la quale, senza di esse, è stata o è tuttora sostanzialmente paralizzata: è quanto accaduto, ad esempio, fino a pochi mesi fa con la valutazione dei rischi da stress lavoro-correlato (art. 28, commi 1 e 1-*bis*) ed è quanto accade tuttora con l'accordo da adottare in Conferenza Stato-Regioni sulla durata, sui contenuti minimi e sulle modalità della formazione (art. 37, comma 2). Ma è anche il caso dei non pochi decreti ministeriali che debbono prevedere la disciplina di adeguamento per le pubbliche amministrazioni contemplate nell'art. 3, comma 2, tenendo conto delle effettive particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle loro peculiarità organizzative: decreti il cui termine di emanazione, reiteratamente differito, dovrebbe scadere nel maggio del 2012.

In altre ipotesi si tratta di regole destinate ad attribuire maggiore solidità ed efficienza ad un quadro regolativo già operante, come nel caso delle procedure standardizzate che la Commissione consultiva permanente deve elaborare per la valutazione dei rischi nelle tantissime aziende che occupano fino a 10 lavoratori (le quali, nel frattempo, possono ancora avvalersi di quella finta agevolazione consistente nell'autocertificazione della valutazione dei rischi, la quale, per la verità, soprattutto in caso di infortunio, non agevola nessuno compreso il datore di lavoro) (art. 29, comma 5). Oppure come nel caso delle procedure semplificate per l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza nelle piccole e

² P. CAMPANELLA, *Sicurezza sul lavoro e competenze legislative delle regioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 415 ss.; G. NATULLO, voce *Sicurezza del lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 1077 ss.

medie imprese, la cui elaborazione è anch'essa affidata alla stessa Commissione consultiva (art. 30, comma 5-*bis*).

Insomma, in non poche sue parti strategiche il d.lgs. n. 81/2008 è ancora oggi una sorta di “semi-lavorato in attesa di finitura” su cui appare prematuro azzardare giudizi.

D'altro canto, non si deve trascurare che il vero e proprio banco di prova dell'entrata a regime della nuova disciplina sarà, come sempre, costituito dalla giurisprudenza, la quale, almeno in sede di legittimità, sta ancora pronunciandosi in relazione a fattispecie assoggettate alla vecchia normativa contenuta nel d.lgs. n. 626/1994. In non poche di queste pronunce delle sezioni penali della Cassazione sono contenuti accenni incidentali alla sopravvenuta disciplina del 2008 di carattere meramente ricognitivo.

Vero è, però, che la giurisprudenza di merito, chiamata invece ad accorrere per prima sul “luogo del delitto”, ha già intrapreso i primi percorsi interpretativi, specialmente per quanto attiene ad una delle più significative innovazioni contenute nel d.lgs. n. 81/2008, peraltro anticipata dalla l. n. 123/2007: l'estensione, in caso di omicidio colposo o lesioni colpose causati dalla violazione delle norme antinfortunistiche, della responsabilità amministrativa (così si scrive), ma in realtà penale (così si legge), delle persone giuridiche *ex* d.lgs. n. 231/2001, dalla quale si può essere esonerati solo dimostrando l'adozione e l'efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione della sicurezza secondo i dettami dell'art. 30. E proprio in questi giorni sono state depositate le motivazioni di una sentenza di merito, divenuta già celebre perché, per la prima volta in Italia, ma forse non solo, ha individuato come elemento soggettivo di una tragica fattispecie criminosa di infortunio mortale plurimo non già la colpa, bensì il dolo eventuale (caso ThyssenKrupp)³.

Se, quindi, al momento è del tutto prematuro azzardare un primo bilancio “consuntivo” del d.lgs. n. 81/2008, non pare invece impossibile tentare di delineare un bilancio “preventivo”, interpretando in senso prospettico quelle “novità e conferme” che campeggiano nel titolo di questo intervento.

Non si tratta, beninteso, di cimentarsi in improbabili esercizi di preveggenza, quanto di verificare, anche alla luce dell'interpretazione consolidata in materia specie dopo l'avvento del d.lgs. n. 626/1994, quale sia la portata dei principali precetti del d.lgs. n. 81/2008, vale a dire di quella sorta di testo unico che tuttavia tale formalmente non è, ma che indubbiamente ricomprende tutti i principi fondamentali della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Non dovendosi trascurare che il d.lgs. n. 81/2008 è stato costruito spesso come *ius receptum* tenendo conto proprio dell'interpretazione

³ Assise Torino, 14 novembre 2011, in <http://olympus.uniurb.it/>.

emersa in precedenza, come ad esempio appare a chiare lettere nella norma che ha legificato per la prima volta la delega di funzioni (art. 16).

Ovviamente, dati i limiti di questo intervento e l'ampia varietà di questioni toccate già dal solo Titolo I del decreto, la mia analisi avrà un carattere rapsodico. Un insieme di spunti, anche diversi tra di loro per ritmo ed intensità, senza alcuna pretesa di un'impossibile completezza, ma tendenti in qualche misura ad offrire qualche sollecitazione soprattutto per il sempre attuale dibattito sulle responsabilità.

Questo insieme di spunti probabilmente conferirà toni quasi improvvisativi al complesso del discorso. Tuttavia, come insegnano i musicologi, proprio perché si presenta come una sequenza di diversi spunti, la rapsodia si presta facilmente ad avere un contesto tematico fisso, i cui molteplici aspetti sono presentati dai brani in essa contenuti.

Il contesto tematico fisso di questa presunta rapsodia è rappresentato dalla parola "organizzazione", che sarà declinata secondo i vari accenti con cui compare più volte nel testo del d.lgs. n. 81/2008 e che, a mio sommesso avviso, costituisce il tratto di innovazione più significativo del disegno regolativo del 2008-2009 ⁴.

2. I motivi di interesse per il tema

Prima di soffermare l'attenzione su alcuni punti qualificanti del decreto, è opportuno ricordare i principali motivi del rinnovato interesse per il tema della salute e sicurezza dei lavoratori. Il che, a ben guardare, significa enunciare le ragioni che stanno alla base della riforma generata con lo stesso d.lgs. n. 81/2008.

Il primo motivo è costituito dall'intollerabilità del perdurare di una vecchia piaga – non solo gli infortuni di cui tutti parlano, ma anche le malattie professionali, di cui invece quasi nessuno parla – a fronte della modernizzazione dei processi produttivi a cui, peraltro, nell'era della globalizzazione, si accompagna la preoccupante riemersione

⁴ Sulla centralità del fattore organizzativo nel nuovo sistema della sicurezza sul lavoro v., tra i tanti, R. DEL PUNTA, *I molti modelli di tutela del sistema sicurezza: una partitura riuscita?*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), 2011, *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, in <http://amsacta.cib.unibo.it>, Bologna: TAO Digital Library, p. 18; L. GOLZIO, *La prevenzione e la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nel quadro del cambiamento della organizzazione aziendale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Milano, 2008, p. 27 ss.; G. NATULLO, *Continuità e innovazione nel nuovo Codice della sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2009, p. 341 e ss.; ID., voce *Sicurezza del lavoro*, cit., p. 1088 ss.; F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro e dei dirigenti*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 256 ss.

– pur sotto le mentite spoglie di schemi organizzativi moderni – di logiche di pericoloso sfruttamento del lavoro altrui

Il secondo motivo è il seguente. Se, contrariamente a quanto si riscontra spesso in un’immatura coscienza civile, si accetta e si condivide il principio secondo cui la salute e la sicurezza dei lavoratori non costituiscono un mero riflesso marginale dell’esercizio dell’impresa e più in generale dell’esercizio di attività organizzate, ma rappresentano invece elementi ineliminabili e direi *costitutivi* dell’organizzazione del lavoro – come emerge dai principi costituzionali di cui agli artt. 32 e 41, comma 2, Cost. –, appare sempre più pressante il bisogno di chiarire quale sia il perimetro e lo spessore dell’obbligo di sicurezza che grava sui vertici aziendali già in base all’inoscidabile art. 2087 c.c.⁵ Si tratta di un problema di *certezza del diritto* che va risolutamente affrontato non foss’altro per fronteggiare l’inquietudine di chi deve misurarsi con l’adempimento di un obbligo dai confini non sempre cristallini⁶.

Il terzo motivo del rinnovato interesse per il tema va ascritto alla sensibilità delle parti più autorevoli del mondo politico-istituzionale, a cominciare dal Presidente della Repubblica fin dal suo insediamento, che ha contribuito a riaccendere l’attenzione del legislatore inducendolo a riorganizzare il sistema delle regole, dapprima con il conferimento della delega di cui alla l. n. 123/2007 (a cui, nello stesso provvedimento, si è affiancata la diretta modifica di alcuni aspetti della legislazione allora vigente)⁷ e, subito dopo, con l’emanazione del decreto delegato del 2008. Quest’ultimo non solo innova vari aspetti della disciplina, ma, per la prima volta trent’anni dopo la riforma sanitaria del 1978 (l. n. 833), accorpa, risistemandola, la maggior parte delle regole in materia e, a tal fine, si avvale anche di una singolare tecnica fondata sull’abrogazione delle fonti previgenti che contenevano tali regole le quali tuttavia risorgono a nuova vita nel testo del decreto del 2008.

Il quarto motivo risiede nello straordinario impatto mediatico provocato da alcuni tragici eventi (ThyssenKrupp a Torino, Truck Center a Molfetta, per citare i più clamorosi) i quali hanno impresso una forte accelerazione allo stesso processo legislativo di riforma il quale rischiava di impantanarsi per la fine anticipata della scorsa legislatura.

⁵ Su cui, tra i tanti, v. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1986; G. NATULLO, *La tutela dell’ambiente di lavoro*, Torino, 1995; P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, Milano, 2008.

⁶ Cfr. sul tema A. VALLEBONA (a cura di), *Sicurezza del lavoro e certezza del diritto*, Colloqui giuridici sul lavoro, Supplemento a *Guida al lavoro*, 2009, n. 1.

⁷ M. RUSCIANO, G. NATULLO, (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento alla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in F. CARINCI (dir.), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Torino, 2008.

E se la principale di quelle tragedie, vale a dire quella torinese, sta facendo sì che l'attenzione resti alta con riferimento alla sperimentazione delle nuove tecniche di imputazione di stampo doloso⁸, sia essa sia quella di Molfetta⁹, insieme ad altri casi¹⁰, stanno indirizzando l'attenzione degli interpreti sul versante che, come è piuttosto agevole profetizzare, rappresenterà nell'immediato futuro e negli anni a venire il vero e proprio nodo gordiano della sicurezza sul lavoro, vale a dire la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Si tratta di un aspetto di enorme interesse, non solo perché la responsabilità collegata alla cosiddetta "colpa di organizzazione" della società, per la sua portata penalizzante, appare in grado di rappresentare un deterrente forse più incisivo di quello emergente dall'apparato sanzionatorio individuale di stampo contravvenzionale, ma anche perché nel momento in cui tale responsabilità può essere evitata grazie ai modelli di organizzazione e di gestione di cui all'art. 30 traspare il nesso inscindibile tra "obbligo di sicurezza" ed "organizzazione della sicurezza"¹¹.

Ed è proprio alla luce di questo "nuovo nesso" che vanno lette le previsioni legislative che configurano, oggi come ieri, in capo ai vari soggetti dell'organizzazione aziendale le cosiddette "posizioni di garanzia"¹²: vale a dire quel carico obbligatorio che grava solo sui soggetti idonei a neutralizzare i fattori offensivi generati dallo svolgimento di attività *lato sensu* "produttive" in quanto capaci di prevenire e controllare le fonti di pericolo grazie alla loro riconosciuta posizione di supremazia nell'organigramma aziendale¹³. Posizioni di garanzia che, non a caso, si connettono a "reati propri", che "presuppongono la sussistenza di una particolare relazione tra un determinato soggetto – definito, di solito mediante rinvio a settori extrapenalistici dell'ordinamento, in virtù di una qualificazione giuridica o di fatto – e gli interessi tutelati dalla fattispecie"¹⁴ (salute e sicurezza dei lavoratori).

⁸ G. MARRA, *Regolazione del rischio, dolo eventuale e sicurezza del lavoro. Note a margine del caso Thyssen*, in <http://olympus.uniurb.it/>.

⁹ Trib. Trani, Sezione di Molfetta, 12 gennaio 2010, in <http://olympus.uniurb.it/>.

¹⁰ Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, e Trib. Novara, 26 ottobre 2010, entrambe in <http://olympus.uniurb.it/>.

¹¹ G. MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro. Artt. 30 e 300*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Milano, 2010, p. 579 ss.

¹² D. PULITANÒ, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1985, IV, p. 5.

¹³ Cfr. A. GULLO, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1516 ss.

¹⁴ Così A. BONFIGLIOLI, *Delega di funzioni e soggetti penalmente responsabili alla stregua del d.lgs. n. 626/1994, come modificato dal d.lgs. n. 242/1996*, in N. MAZZACUVA e E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. CARINCI, VII, Torino, 2007, p. 18.

È importante osservare come, in relazione ai reati propri, si ponga il problema della formulazione di criteri idonei ad individuare il soggetto titolare di quei poteri/doveri di garanzia, in mancanza dei quali non può sorgere la qualifica soggettiva descritta nelle norme: si tratta di definizioni normative o di parametri di effettività?

In verità, nel nuovo diritto della sicurezza sul lavoro non esiste una dicotomia tra definizioni normative dei vari soggetti e parametri di effettività, giacché le stesse definizioni normative (art. 2), lungi dal caratterizzarsi per una visione formalistica, fanno senz'altro leva anche sul principio di effettività.

3. Una prima parziale novità: il lavoratore

Già è risuonato più volte il *leit motiv*, ovvero il contesto tematico, della rapsodia a cui facevo cenno all'inizio.

Pur declinata in sensi diversi, la parola “organizzazione” compare più volte nel d.lgs. n. 81/2008, a cominciare da quella che può essere considerata una delle sue principali novità. Mi riferisco alla definizione del soggetto destinatario della tutela, ovvero il “lavoratore”, identificato appunto come la “persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un’attività lavorativa nell’ambito dell’*organizzazione* di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un’arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari” (art. 2, lett. *a*)¹⁵.

Al di là dello scarso coraggio dimostrato dal legislatore escludendo dall’area della tutela un fenomeno tutt’altro che marginale ed in continua crescita come quello del lavoro domestico (si pensi in particolare alle attività di cura ed assistenza agli anziani prestate prevalentemente da donne straniere)¹⁶, in questa definizione balza agli occhi, da un lato, l’assoluta irrilevanza del tipo contrattuale in cui è dedotta la prestazione lavorativa e invece, dall’altro lato, la decisiva rilevanza dell’inserimento della stessa prestazione nell’organizzazione del datore di lavoro: inserimento da intendere, evidentemente, in senso funzionale, là dove l’organizzazione presa in considerazione in questa, come anche nella successiva definizione di “datore di lavoro” (art. 2, lett. *b*), identifica il contesto produttivo, non solamente fisico-spaziale, in cui è inserita la prestazione e di cui è responsabile lo stesso datore.

¹⁵ Su tale definizione v. P. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Pesaro, 2008, p. 35 ss. (pubblicato anche in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT-73/2008*).

¹⁶ L. ANGELINI, P. PASCUCCI, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori domestici. Nuovi spunti di riflessione dopo il d. lgs. n. 81/2008*, in R. SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Roma, 2010, p. 223 ss.

Nelle definizioni di “lavoratore” e di “datore di lavoro” pare emergere una nozione non necessariamente reificata di organizzazione, come tale capace di alludere tanto alle regole del processo di lavoro quanto alle scelte imprenditoriali: in sintesi l’organizzazione intesa come il “progetto produttivo” realizzato dal datore di lavoro, nel quale la prestazione del lavoratore si inserisce talora anche al di là della sua presenza fisica nel luogo dell’impresa (v. l’art. 3, comma 10, sulla tutela dei telelavoratori subordinati) ¹⁷.

Per un verso, un simile concetto di “organizzazione”, evidenziando la stessa come vera e propria *fonte* dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, può favorire l’emersione di una concezione “primaria” della prevenzione, intesa come la prevenzione che deve essere inglobata nelle stesse scelte organizzative imprenditoriali al fine, innanzitutto, di evitare ed eliminare i rischi che vi sono insiti e solo ove ciò non sia possibile di ridurli, come impone la direttiva quadro n. 391/89/CE ¹⁸.

Per un altro verso, è interessante osservare come il carattere tendenzialmente universale della definizione di “lavoratore” che risulta dall’irrelevanza del tipo negoziale (sia esso subordinato o autonomo) si coniughi con un dato – quello appunto dell’inserimento funzionale nell’organizzazione datoriale – che da sempre rappresenta invece uno dei pilastri, ancorché non esaustivo, della subordinazione ¹⁹. E ci si può allora chiedere se, allargando l’orizzonte al di là della specificità della disciplina della salute e sicurezza, quest’ultima, proprio recuperando e valorizzando il concetto di “inserimento nell’organizzazione datoriale”, non fornisca in realtà un ulteriore e significativo segnale in direzione di un ripensamento del collegamento tra il tradizionale apparato protettivo del diritto del lavoro ed il concetto di subordinazione ²⁰.

Focalizzando l’attenzione ancora sul “lavoratore”, occorre contestualmente ricordare che la sicura “novità” della definizione generale risulta purtroppo attenuata dalla

¹⁷ P. PASCUCCI, *Prevenzione e organizzazione nel diritto della sicurezza sul lavoro*, intervento presentato alla Tavola rotonda su “Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro” svoltasi a Brindisi il 15 aprile 2011 in occasione del convegno dell’Associazione “Diritto e Società” in collaborazione con il Programma interdisciplinare di ricerca “Organization and Well-being”, attualmente in corso di pubblicazione in *Sociologia del diritto*.

¹⁸ Sul concetto di “prevenzione primaria” cfr. B. MAGGI, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L’orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Torino, 1997, p. 323 ss.; ID., *L’analisi del lavoro a fini di prevenzione*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2006, n. 29, p. 13 ss.

¹⁹ Cfr. da ultimo E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2011, p. 49.

²⁰ V., a tale proposito, ancorché riguardate dall’angolo visuale della figura datoriale, le riflessioni di V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 1 ss.

sostanziale “conferma” delle regole previgenti sulla tutela dei lavoratori flessibili ²¹. Il riferimento è in particolare alle ipotesi della somministrazione e del lavoro a progetto. Nel primo caso, pur riconoscendosi correttamente la posizione datoriale per la sicurezza in capo all'utilizzatore, si ricalca quanto disposto dal d.lgs. n. 276/2003 non prestandosi adeguata attenzione alla direttiva n. 91/383/CEE del 25 giugno 1991 secondo cui i lavoratori interinali necessitano non già di una mera equiparazione ai lavoratori standard, bensì di una *tutela differenziale* incentrata su particolari diritti di formazione e sorveglianza sanitaria in ragione della loro ridotta contestualizzazione nell'organizzazione in cui operano ²². Nella seconda ipotesi appare alquanto deludente la conferma della condizione di applicabilità della tutela prevista dal d.lgs. n. 276/2003, relativa alla localizzazione della prestazione del lavoratore parasubordinato nel luogo di lavoro del committente: sebbene la rilevanza del luogo della prestazione non possa certo essere trascurata, nondimeno desta non poche perplessità il fatto che in questo modo venga esclusa da qualsiasi profilo di tutela (come, ad esempio, almeno l'informazione e la formazione) una schiera potenzialmente assai ampia di collaboratori coordinati e continuativi molti dei quali operano fuori dei confini logistici aziendali secondo modalità di telelavoro: modalità che, quando non sono dedotte in un contratto di lavoro subordinato, raramente possono dare diritto a specifica tutela prevenzionistica ²³.

Vero è, tuttavia, che il decreto correttivo del 2009 pare aver fornito – e si tratta, a ben guardare, di una sicura “novità” – un qualche supporto alla specificazione della tutela per il lavoro flessibile là dove obbliga il datore di lavoro a valutare anche i rischi connessi alla tipologia contrattuale (art. 28, comma 1).

4. Un'altra parziale novità: la valutazione dei rischi

Proprio il richiamo alla valutazione dei rischi induce a soffermarsi su di un'altra “novità” del d.lgs. n. 81/2008, il quale, sempre nell'art. 2, fornisce la definizione di

²¹ Sul tema cfr. O. BONARDI, *Articolo 3. Campo di applicazione*, in C. ZOLI (a cura di), *I. Principi comuni, La nuova sicurezza sul lavoro. D. lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Commentario diretto da L. MONTUSCHI, cit., p. 67 ss.; L. ANGELINI, *Lavori flessibili e sicurezza nei luoghi di lavoro: una criticità da governare*, in P. PASCUCCI (a cura di), *Il testo unico sulla sicurezza del lavoro. Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007* (Urbino, 4 maggio 2007), Roma, 2007, p. 103 ss.; P. PASCUCCI, *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2009, n. 3, p. 112 ss.

²² Cfr. C. LAZZARI, *L'obbligo di sicurezza nel lavoro temporaneo, fra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2009, p. 633 ss.

²³ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei telelavoratori nell'ordinamento italiano (con qualche retrospettiva dottrinale)*, in A. ANTONUCCI, M. LEPORE (a cura di), *La tutela della salute e sicurezza nel lavoro a domicilio e nel telelavoro*, Dossier Adapt, n. 15, in *www.bollettinoadapt.it*, 2009, p. 12 ss.

“valutazione dei rischi”, assente invece nel precedente decreto del 1994, intesa quale “valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell’ambito dell’organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza” (art. 2, lett. *g*).

Oltre a tener conto di un aspetto evidenziato dalla direttiva n. 391/89/CE ma non dal d.lgs. n. 626/1994, vale a dire il miglioramento progressivo delle situazioni, tale definizione, collegandosi all’ampia nozione di “lavoratore” accolta dal d.lgs. n. 81/2008, evidenzia che i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori sono presenti nell’ambito dell’organizzazione in cui essi prestano la propria attività: una precisazione solo apparentemente banale, perché, facendo esplicito riferimento all’organizzazione come sede e fonte dei rischi, pare evocare non solo una realtà logistico-funzionale (il luogo di lavoro ed il ciclo produttivo), ma anche lo stesso “insieme delle regole del processo” di lavoro ²⁴.

E, d’altro canto, per “tutti i rischi presenti” pare che debbano intendersi non solo quelli per così dire materialmente evidenti ed attuali, ma anche tutti quelli che anche in potenza potrebbero presentarsi in ragione del modo in cui si struttura l’organizzazione del lavoro.

Del resto, sebbene la direttiva comunitaria del 1989 “confini” formalmente e discutibilmente la valutazione dei rischi ai soli rischi inevitabili ²⁵, ciò non significa che la valutazione stessa non debba riguardare l’organizzazione del processo di lavoro nella sua dimensione analitica e, in termini più espliciti, le scelte ad essa relative, divenendo quindi strumento per “evitare” i rischi prima ancora che per fronteggiare quelli inevitabili. D’altronde, poiché la stessa direttiva impone prima di tutto di “evitare i rischi”, è evidente che a tal fine occorre prioritariamente individuarli: cosa che può farsi solo mediante un’adeguata analisi del processo di lavoro ²⁶.

La conferma di ciò giunge dallo stesso art. 28, comma 1, quando collega strettamente la valutazione dei rischi alla *scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati*, nonché alla *sistemazione dei luoghi di lavoro*. Previsione che, letta attentamente, evidenzia l’importanza dell’agire organizzativo del datore di lavoro (la

²⁴ P. PASCUCCI, *La prevenzione primaria nel decreto legislativo 81/2008, tra ombre e luci*, in B. MAGGI, G. RULLI (a cura di), 2011, *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, cit., p. 32.

²⁵ L’art. 6, paragrafo 2, lett. *a* e *b*, di tale direttiva considera come principi generali di prevenzione “evitare i rischi” e “valutare i rischi che non possono essere evitati”.

²⁶ Su questo aspetto cfr. P. PASCUCCI, *3 agosto 2007-3 agosto 2009. Due anni di attività legislativa per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Il Titolo I del d.lgs. n. 81/2008 modificato dal d.lgs. n. 106/2009*, Fano, 2011, p. 173 ss.

scelta delle attrezzature; la sistemazione dei luoghi) che una recente giurisprudenza di merito pare aver colto là dove rileva l'indelegabilità della scelta delle attrezzature di lavoro in quanto essa implica una valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori ²⁷.

5. *Le novità del sistema istituzionale*

Un'indubbia "novità" del d.lgs. n. 81/2008 consiste nella profonda rivisitazione del sistema istituzionale della prevenzione che, sotto l'egida del d.lgs. n. 626/1994, aveva lasciato non poco a desiderare.

Se i tre principali organismi "politici" su cui si regge il nuovo sistema istituzionale (la "cabina di regia" del Comitato nazionale dell'art. 5, la Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6 ed i Comitati regionali di coordinamento di cui all'art. 7) sono da tempo all'opera, altri "nuovi" strumenti non meno importanti sono ancora in attesa di una normativa secondaria di attuazione, come avviene nel caso del "nuovo" Sistema informativo nazionale di cui all'art. 8 (SINP), che dovrà gestire i dati e le informazioni necessarie per la predisposizione delle politiche della prevenzione.

Di recente è stata finalmente costituita la "nuova" Commissione per gli interpellati di cui all'art. 12, chiamata a fornire un'autorevole interpretazione della complessa disciplina in materia anche al fine di orientare e coordinare l'attività degli organi di vigilanza ²⁸. Che vi sia un estremo bisogno delle risposte agli interpellati è dimostrato dal fatto che, proprio sul terreno della vigilanza, il d.lgs. n. 81/2008 non è stato in grado di andare oltre la conferma dell'*assetto plurale* che risultava dal d.lgs. n. 626/1994, fondato essenzialmente sulla competenza generale delle Aziende sanitarie locali a cui si affianca a vario titolo quella specifica delle Direzioni provinciali del lavoro, dei Vigili del fuoco e di altri soggetti. Con il rischio più che evidente di una sovrapposizione non solo di interventi (almeno nelle zone del paese in cui si effettuano), ma anche di diverse interpretazioni, che impone un'opera di stretto coordinamento sia a livello centrale sia a livello periferico.

Sarebbe tuttavia ingeneroso non ricordare che, pur non riuscendo a razionalizzare definitivamente il sistema della vigilanza, il d.lgs. n. 81/2008 è riuscito ad incidere sia sul versante dell'etica dell'attività di vigilanza, introducendo un rigidissimo principio di incompatibilità tra essa e l'attività di consulenza (art. 13, comma 5), sia sullo spettro delle attività da sottoporre a controllo fra cui viene ora ricompreso anche il lavoro

²⁷ Trib. Trento, 7 febbraio 2011, in <http://olympus.uniurb.it/>.

²⁸ Decreto direttoriale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 28 settembre 2011, in <http://olympus.uniurb.it/>.

irregolare, che, pur non coincidendo formalmente con il lavoro insicuro, tuttavia ne costituisce sovente il presupposto. Il riferimento è al provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale in caso di lavoro nero o di gravi e reiterate violazioni delle norme prevenzionistiche, la cui disciplina ha ora trovato compiuta definizione nella versione finale dell'art. 14 del decreto, specie dopo le correzioni apportate dal d.lgs. n. 106/2009: un provvedimento che ha finora dimostrato notevole incisività e che sta iniziando a produrre un certo contenzioso in sede giurisdizionale, come risulta da recenti pronunce della giustizia amministrativa ²⁹.

Per altro verso, sempre a proposito di vigilanza, non può sottacersi l'“innovazione” consistente nell'aggiunta, fra le contravvenzioni in materia prevenzionistica presupposte all'emanazione da parte degli organi di vigilanza della prescrizione obbligatoria di cui al d.lgs. n. 758/1994, anche di quelle punite con la sola ammenda, che vanno quindi ad affiancarsi a quelle punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda (art. 301) ³⁰.

A conferma del noto adagio secondo cui “non è tutto oro quel che luccica”, il decreto correttivo ha introdotto un'ulteriore innovazione con una norma che è fin troppo generoso definire oscura. Si tratta dell'art. 301-*bis* il quale, seguendo una logica analoga a quella sottesa al d.lgs. n. 758/1994, contempla l'estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione. Presumibilmente confezionata in fretta, senza prestare la dovuta attenzione al doveroso raccordo con il meccanismo di cui all'art. 16 della l. n. 689/1981 nonché sopravvalutando la portata di alcune circolari ministeriali in materia di vigilanza, questa previsione ha già dato adito ad un vivace dibattito dottrinale teso a scoprire in che modo applicarla, fermo restando che spetterà in ultima istanza alla giurisprudenza il compito di dipanare l'intricata matassa di questa norma ³¹.

²⁹ Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2011, n. 4353; T.A.R. Lombardia, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1877; T.A.R. Lombardia, sez. I, 16 giugno 2010, n. 1864; T.A.R. Basilicata, sez. I, 31 agosto 2011, n. 456: tutte in <http://olympus.uniurb.it/>.

³⁰ Sul punto cfr. B. DEIDDA, *Il sistema delle sanzioni*, in P. PASCUCI (a cura di), *Il d.lgs. n. 81/2008: due anni dopo. I “sistemi” del diritto della sicurezza sul lavoro*, Atti dell'omonimo incontro di studio di Urbino del 14 e 15 maggio 2010, in <http://olympus.uniurb.it/>, p. 45.

³¹ P. RAUSEI, *Sistema sanzionatorio e vigilanza nel Tu sicurezza dopo il “correttivo”*, in *Igiene e sicurezza del lavoro*, 2009, 10, inserto; S. DOVERE, *Sicurezza: estinzione agevolata di illeciti puntati con sanzione pecuniaria*, in *Guida al lavoro*, 2010, 1, p. 28 ss.; P. PASCUCI e A. ANDREANI, *L'estinzione agevolata degli illeciti amministrativi e il potere di disposizione. Artt. 301-bis e 302-bis*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 641 ss.

6. *La novità-conferma della delega di funzioni*

Una delle principali “novità” del d.lgs. n. 81/2008 consiste nella già menzionata legificazione della delega di funzioni. Si tratta di una “novità” legislativa, ma anche di una “conferma” dei precedenti orientamenti giurisprudenziali.

A dire il vero, una qualche conferma riguarda anche il d.lgs. n. 626/1994, dato che l'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008 ribadisce l'indelegabilità, già contemplata in precedenza, degli obblighi datoriali di valutazione dei rischi e di designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP).

A parte ciò, sarebbe tuttavia riduttivo non cogliere la forte innovazione apportata dall'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008. Sebbene i requisiti ivi previsti per la validità ed efficacia della delega di funzioni sostanzialmente coincidano con quelli già enucleati da una copiosa giurisprudenza, resta il fatto che la esplicita parola del legislatore può qui far giustizia di alcune divergenti interpretazioni.

È il caso della cosiddetta “delega di fatto” o “implicita”, che certa giurisprudenza riteneva ammissibile³² ove comunque risultasse dall'attribuzione di poteri attuata in modo chiaro, preciso ed inequivoco, fosse desumibile dalla strutturazione della gerarchia delle responsabilità al livello delle posizioni di vertice e di quelle esecutive secondo l'assetto organizzativo dell'impresa e si fondasse sia sull'affidamento che l'esercizio di fatto delle funzioni creava rispetto ai terzi sia sul carattere inequivoco degli atti mediante cui le funzioni venivano svolte. È evidente che ora, data l'inequivoca previsione della forma scritta *ad substantiam* della delega, quella “di fatto” è destinata a scomparire. Né essa può riemergere – come vera e propria delega – in virtù della previsione di cui all'art. 299, il quale, occupandosi dell'esercizio di fatto di poteri direttivi, dispone che “le posizioni di garanzia relative al datore di lavoro, al dirigente ed al preposto gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti”. Infatti, mentre nella delega di fatto la giurisprudenza riteneva sussistente la volontà del delegante, ancorché non esplicitata in modo formale, così producendosi l'esonero da responsabilità penale del delegante, nell'esercizio di fatto di poteri direttivi non sussiste alcuna volontà di un delegante, ma solo l'assunzione volontaria di poteri da parte di un soggetto a cui essi non competono, non producendosi alcun effetto liberatorio nei confronti del datore di lavoro, potendosi semmai evidenziare ipotesi di corresponsabilità.

³² Cass., sez. III, 6 giugno 2007, n. 32014, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 237141.

La portata innovativa e chiarificatrice vale peraltro anche nel caso della cosiddetta sub-delega che, oggetto in passato di *vexata quaestio*, risulta ora pienamente legittimata ovviamente entro la cornice legale che l'ha introdotta.

Per quanto attiene all'obbligo del delegante di vigilare comunque sull'operato del delegato, pena l'insorgenza di una *culpa in vigilando*, il legislatore lo ritiene assolto anche in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4. Una simile previsione cela non poche insidie interpretative, come quella che concerne il valore da attribuirle: si tratta di una presunzione? E, in caso affermativo, si tratta, come pare, di una presunzione relativa? O come quella sul riferimento al modello di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, non essendo chiaro se l'idoneo sistema di controllo sull'attuazione del modello di organizzazione e di gestione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate imposto dall'art. 30, comma 4, coincida o meno con l'organismo di vigilanza dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo di cui all'art. 6, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 231/2001 al quale spetta vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione e di curare il loro aggiornamento.

Al di là di ciò, un dato appare certo. L'obbligo di vigilanza del delegante va comunque assolto in chiave organizzativa, dovendosi ritenere che maggiore sia la realtà aziendale, più la vigilanza si sostanzia in un dovere di organizzazione della sorveglianza da parte del datore di lavoro, potendo risultare ammissibili anche verifiche periodiche o a consuntivo in seno all'organizzazione predisposta³³.

7. Conferme e qualche innovazione sull'individuazione del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse private e pubbliche

Il discorso sulla delega di funzioni evoca a sua volta un altro problema di non scarso rilievo che è da tempo all'attenzione. Si tratta dell'individuazione del datore di lavoro per la sicurezza per un verso nelle imprese complesse e, in particolare, nelle società di capitali e, per altro verso, nelle pubbliche amministrazioni.

Né nell'un caso né nell'altro la disciplina della delega di funzioni di cui all'art. 16 viene però in luce, nonostante alcune evidenti assonanze ed analogie. Infatti, nelle predette organizzazioni private e pubbliche, l'individuazione del datore di lavoro prevenzionistico si differenzia dalla delega di funzioni essenzialmente perché consiste in un'operazione che *attualizza l'intera posizione di garanzia datoriale a titolo originario*. In altre parole, dà materialmente corpo alla figura datoriale, laddove nel caso della delega

³³ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 524 ss.

di funzioni tale figura già esiste e, mediante la delega, trasferisce alcune – e mai tutte – delle sue funzioni ad un altro soggetto a titolo derivativo. Dopo di che, ben potrà il datore di lavoro “individuato” delegare *ex art. 16* parte delle proprie funzioni ad altri soggetti.

Se si sposa quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale in una società per azioni il datore di lavoro per la sicurezza è ognuno dei membri del consiglio di amministrazione³⁴, può effettivamente derivarne che, ove lo stesso consiglio, ai sensi dell'art. 2381 c.c., deleghi le proprie attribuzioni in materia di sicurezza ad un comitato esecutivo composto di alcuni dei suoi membri ovvero ad uno dei suoi membri (amministratore delegato), si sia di fronte ad una delega di funzioni, con la conseguente permanenza in capo ai restanti membri del consiglio di amministrazione dell'obbligo di vigilare. Ma non può nemmeno escludersi che lo stesso consiglio, previa attribuzione di tutti i necessari poteri, attribuisca all'amministratore delegato l'intera posizione datoriale che risulterà confermata ove corrisponda ai requisiti stabiliti nell'art. 2, lett. *b*, del d.lgs. n. 81/2008³⁵.

In generale, in una società di capitali, la posizione di garanzia datoriale va individuata in relazione alla spettanza dei poteri gestionali. Ove lo statuto attribuisca l'amministrazione collegialmente all'intero consiglio di amministrazione, ognuno dei suoi membri assumerà la qualifica di datore di lavoro per la sicurezza. Ove per statuto siano stati nominati uno o più amministratori delegati occorrerà verificare l'ampiezza della delega di gestione *ex art. 2381 c.c.* e se essa comprenda gli atti di straordinaria amministrazione necessari per adempiere gli obblighi prevenzionistici: diversamente l'obbligo di tali atti permarrà in capo all'intero consiglio di amministrazione. Resta poi sullo sfondo il problema se la delega di gestione ad uno o più amministratori delegati lasci a carico degli altri membri del consiglio di amministrazione doveri di intervento sostitutivo e di vigilanza relativamente alla complessiva gestione della sicurezza, dovendosi altresì tenere conto dei riflessi prodotti su questo terreno dalla riforma dell'art. 2392 c.c.³⁶.

Se si sposta l'attenzione su di un'impresa articolata in più unità produttive, intese secondo l'accezione fornita dall'art. 2, lett. *t*, del d.lgs. n. 81/2008, potrà constatarsi che ognuna di tali unità produttive potrà avere un proprio datore di lavoro per la sicurezza ove questi abbia la responsabilità dell'unità produttiva medesima in quanto

³⁴ Cass. pen, sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991, in <http://olympus.uniurb.it/>.

³⁵ Cfr. sul tema R. BRUNELLI, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., pp. 281-282.

³⁶ Cfr. F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Rivista delle società*, 2007, n. 4, p. 722 ss.; ID., *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cassazione penale*, 2008, p. 109 ss.; R. BRUNELLI, *La delega di funzioni*, cit., pp. 281-282.

esercita i poteri decisionali e di spesa. Potrà eventualmente trattarsi anche di un dirigente (in senso lavoristico) dotato di quei poteri e che sarà stato assegnato al vertice di quell'unità produttiva dal vertice aziendale. Come è ovvio, tale assegnazione non equivale tuttavia a delega di funzioni *ex art. 16*, quanto semmai ad una delega organizzativa che qui assume le tinte dell'individuazione del datore di lavoro.

Qualcosa di analogo accade anche nel caso del datore di lavoro per la sicurezza nelle pubbliche amministrazioni ³⁷, rispetto al quale il d.lgs. n. 81/2008 conferma quanto già disposto dal d.lgs. n. 626/1994, come modificato dal d.lgs. n. 242/1996, riconducendo la posizione di garanzia datoriale in capo al dirigente dotato di poteri di gestione e di poteri decisionali e di spesa, individuato dall'organo di vertice dell'amministrazione. A quest'ultimo proposito si registra una variante rispetto al passato modificandosi il riferimento al soggetto apicale tenuto ad individuare il dirigente-datore di lavoro, che è ora l'organo di vertice dell'amministrazione in luogo dell'organo di direzione politica ³⁸. Per il vero, la novità è alquanto parziale, dovendosi ritenere che l'organo di vertice corrisponda all'organo politico, fatti salvi i casi in cui le particolari caratteristiche dell'amministrazione pongano al suo vertice un soggetto tecnico (direttore generale della ASL).

Più innovativa, anche se tende a recepire precedenti orientamenti giurisprudenziali, appare la successiva previsione di carattere eminentemente "sanzionatorio" secondo cui, in caso di omessa o inadeguata individuazione del dirigente-datore di lavoro, la connessa posizione di garanzia si riconduce in capo all'organo di vertice.

In ogni caso, anche nelle pubbliche amministrazioni l'individuazione del datore di lavoro non equivale a delega di funzioni.

La differenza tra le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni complesse private, con riferimento alla individuazione del datore di lavoro, consiste quindi in ciò:

- in nessuno dei due casi si tratta di delega di funzioni, bensì di delega organizzativa o di gestione o, meglio, di nomina-individuazione;
- l'individuazione nelle pubbliche amministrazioni è un atto doveroso/necessario. Nelle società private non è doveroso, con la conseguenza della possibile responsabilità diffusa in capo a tutti i membri del consiglio di amministrazione;

³⁷ Cfr. P. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori pubblici: cosa cambia dopo le riforme del 2008/2009?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, p. 553 ss.

³⁸ F. BACCHINI, *Datori di lavoro, dirigenti e preposti nella P.A. La ripartizione intersoggettiva dell'obbligo di sicurezza e salute sul lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e rapporto di lavoro privatizzato*, in www.hyperedizioni.com/on-line/Home/articolo1995.html. (2008).

- nelle pubbliche amministrazioni la riconduzione della responsabilità in capo all'organo di vertice è prevista dalla legge, mentre nelle società private il datore di lavoro emerge in virtù della ricorrenza dei presupposti che definiscono tale figura.

Per altro verso, la nuova previsione relativa alla responsabilità datoriale “sussidiaria” dell'organo di vertice nelle pubbliche amministrazioni fornisce indirettamente alimento a quegli orientamenti giurisprudenziali, già emersi prima del d.lgs. n. 81/2008, secondo cui, nel settore privato, nel caso sia di società sia di più unità produttive, ove i poteri gestionali, decisionali e di spesa manchino o siano insufficienti, la posizione di garanzia datoriale si ricondurrà in capo a chi effettivamente disponeva di tali poteri (consiglio di amministrazione o organo di vertice dell'impresa) anche qualora avesse formalmente individuato come datore di lavoro prevenzionistico un amministratore delegato o il dirigente dell'unità produttiva (arg. ex art. 299), fermi restando eventuali profili di corresponsabilità poiché l'amministratore delegato o il dirigente responsabile di unità produttiva ha comunque il dovere di segnalare ai superiori gli adempimenti necessari e di compiere gli interventi cautelari, qui allora operando in qualità di *dirigente prevenzionistico* come tale gravato delle stesse posizioni di garanzia (fatte salve quelle indelegabili ex art. 17) del datore di lavoro (art. 18) ³⁹.

Può quindi concludersi nel senso che là dove l'emersione della figura datoriale risulti da un'attività più o meno formale di individuazione da parte di un altro soggetto posto al vertice dell'organizzazione, quest'ultimo non potrà mai sentirsi del tutto estraneo all'operato del datore individuato. E ciò non già perché si tratti di delega di funzioni, giacché non di ciò si tratta, bensì perché, a ben guardare, lo stesso principale obbligo che compete in via esclusiva al solo datore di lavoro individuato (la valutazione dei rischi: art. 17) – da lui, così come a lui, non delegabile – richiede per la sua piena e corretta realizzazione la sicura disponibilità delle leve del potere organizzativo aziendale che l'organo apicale non può non dispensargli. Il che spiega perché, nonostante alcune autorevoli perplessità al riguardo ⁴⁰, l'art. 299 si giustifica anche con riferimento alla posizione di garanzia datoriale (e non solo, come è ovvio, rispetto a quelle dei dirigenti e preposti), la quale può emergere in capo all'organo di vertice o in tutto o in parte tutte le volte in cui le risorse attribuite al datore individuato non risultino adeguate ai bisogni di prevenzione. Ciò conferma peraltro che la responsabilità di quest'ultimo opera entro i limiti delle risorse attribuite.

³⁹ F. BASENGHI, *La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici del nuovo quadro legale*, in L. GALANTINO (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626*, Milano, 1996, p. 74; F. STOLFA, *Le definizioni. Art. 2*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 68.

⁴⁰ B. DEIDDA, *Il sistema delle sanzioni*, cit., p. 47.

8. *Il diritto della sicurezza sul lavoro dopo il d.lgs. n. 81/2008: oltre il principio di effettività?*

Alle precedenti considerazioni si collega un ulteriore profilo che acquista significativa centralità nel disegno regolativo del d.lgs. n. 81/2008.

Da sempre il diritto della sicurezza sul lavoro ha fatto su leva su di un principio ordinatore della responsabilità, penale e civile: quello di *effettività*⁴¹. Un principio che lo stesso legislatore ha fatto proprio fin dal d.lgs. n. 626/1994 e valorizzato con il d.lgs. n. 81/2008 sol che si guardi alla stessa definizione di “datore di lavoro” (art. 2, lett. *b*), là dove la pur contemplata accezione “formale” (la titolarità del rapporto di lavoro) pare alquanto ridimensionata dalla preponderante invadenza di quella “sostanziale” (la responsabilità, secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva connessa all’esercizio dei poteri decisionali e di spesa). Per inciso, si noti la apparentemente limitata, ma tutt’altro che insignificante, differenza lessicale tra il testo del 1994 e quello odierno, il quale ultimo, proprio in omaggio al principio di effettività, ha sostituito alla “titolarità” dei predetti poteri il loro “esercizio”.

Questa accentuazione sul piano dell’effettività evoca quella che definirei la “tensione positiva” tra lo specifico *diritto della sicurezza sul lavoro* ed il più generale *diritto del lavoro*, là dove concetti tipici del diritto del lavoro generale – come appunto l’impresa, l’azienda, il lavoratore, il datore di lavoro, i dirigenti e i preposti – nel diritto speciale della sicurezza sul lavoro assumono un significato particolare in ragione dell’esigenza di tutelare diritti fondamentali come quelli alla salute ed alla sicurezza. Un significato particolare fondato proprio sull’effettività, in quanto ritenuto il più adeguato per governare il sistema delle responsabilità prevenzionistiche e che peraltro, a ben guardare, sembra penetrare sempre più anche nel sistema del diritto del lavoro generale per apprestare adeguata tutela ai diritti dei lavoratori via via più esposti ai rischi di compressione insiti nei nuovi modelli di strutturazione dell’impresa e di organizzazione produttiva (appalti, esternalizzazioni, *outsourcing*)⁴².

Orbene, gli obblighi e le responsabilità dei vari soggetti evocati dal legislatore emergono in quello che ragionevolmente può definirsi il “sistema di prevenzione aziendale” oggi regolato dal Capo III del Titolo I del d.lgs. n. 81/2008. Non a caso uso la parola “sistema”, perché proprio a partire dalla direttiva quadro n. 89/391/CE, passando per il d.lgs. n. 626/1994, per arrivare al d.lgs. n. 81/2008, l’obbligo di sicurezza che il nostro ordinamento conosceva fin dalla comparsa dell’art. 2087 c.c. – e che oggi dovrebbe definirsi più propriamente obbligo di prevenzione – risulta ormai

⁴¹ Cfr. F. STOLFA, *Le definizioni*, cit., p. 83, anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul tema, nonché R. BRUNELLI, *La delega di funzioni*, cit., p. 284 ss.

⁴² È d’obbligo ancora il rinvio a V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro*, cit., *passim*.

inserito pienamente in un sistema articolato che richiede la “partecipazione” di più soggetti e che, per altro verso, postula l’adozione di procedure e comportamenti predeterminati dal legislatore da cui emerge l’esigenza e la visione dell’*organizzazione della prevenzione*, derivandone che gli obblighi fondamentali come quello di valutazione dei rischi, di formazione o di sorveglianza sanitaria costituiscono ormai un *metodo obbligatorio* per assolvere l’obbligo di prevenzione. Il tutto, come già sottolineato parlando delle definizioni soggettive di “lavoratore” e “datore di lavoro”, partendo dal presupposto che la fonte dei rischi per i lavoratori è proprio l’organizzazione del lavoro ed è ad essa che l’attività di prevenzione va primariamente indirizzata.

Se si esaminano le norme del d.lgs. n. 81/2008 su obblighi e responsabilità (art. 18 e ss.), ci si accorge che i soggetti del sistema aziendale di prevenzione sono tutti quelli che, a vario titolo, sono chiamati in causa dal legislatore in quanto:

- *titolari di posizioni di garanzia* (datore, dirigenti e preposti);
- *gravati di compiti e di obblighi* (medico competente);
- *gravati di soli compiti* (responsabile ed addetti del servizio di prevenzione e protezione);
- *titolari di diritti e gravati di obblighi* (lavoratori);
- *titolari di prerogative* (rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, compreso quello territoriale e quello di sito produttivo).

Come già rilevato, l’individuazione di alcune di queste figure avviene mediante criteri sostanziali fondati sul principio di effettività: così è per il lavoratore, ed è così per il datore di lavoro, per i dirigenti ed i preposti.

Tuttavia, se si considerano attentamente le definizioni del d.lgs. n. 81/2008, ci si accorge che, ai fini di un adeguato accertamento dell’allocazione della primaria posizione di garanzia datoriale, occorre analizzare attentamente il *concreto atteggiarsi dell’organizzazione e delle sue regole interne*, così da individuare il soggetto che, in quanto ha e soprattutto esercita i poteri di determinare o di modificare tale organizzazione, ne è responsabile sul piano prevenzionale. Poteri, dunque, orientati non solo agli obiettivi *lato sensu* produttivi, ma anche alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Anche per i dirigenti il principio di effettività fa sì che si superino inquadramenti soltanto formali e si possa anche prescindere dalla nozione giuslavoristica ancorandosi ad una *nozione funzionale*. Ne è prova la stessa definizione di dirigente (assente nel d.lgs. n. 626/1994) individuato come la “persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell’incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l’attività lavorativa e

vigilando su di essa (art. 2, lett. *d*). Una definizione sostanzialistica in forza della quale l'accertamento della *dirigenzialità* – così come accade per la *datorialità* – richiede un'indagine aderente al caso di specie.

In senso analogo si pone la definizione dell'altro soggetto gravato di posizioni di garanzia: il preposto, vale a dire “la persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa” (art. 2, lett. *e*). Fermo restando che il *funzionale potere di iniziativa* qui evocato non implica il dovere di predisporre misure di sicurezza, bensì va collegato ai compiti di vigilanza e controllo tipici di questa figura, segnalando semmai quel certo margine di autonomia che è necessario per garantire la corretta attuazione delle direttive ricevute, anche per il preposto valgono le considerazioni già svolte per il datore ed dirigente in ordine al principio di effettività che ne ispira l'individuazione⁴³, non essendo di per sé sufficiente una mera qualifica superiore a quella degli altri lavoratori, ma occorrendo una *effettiva preminenza* sugli stessi⁴⁴.

Peraltro, se le novità del d.lgs. n. 81/2008 su dirigenti e preposti si limitassero alla loro definizione non si tratterebbe in fondo di gran cosa, anche se non priva certamente di importanza, come importante è la distinzione dei loro obblighi, accuratamente ripartiti in due diverse norme (artt. 18 e 19), laddove il d.lgs. n. 626/1994 li ricomprendeva in un'unica disposizione comprensiva anche degli obblighi datoriali (art. 4).

Se tuttavia si guarda a fondo tra le pieghe del nuovo decreto, ci si accorge che il legislatore, pur senza smentirlo, è andato anche oltre il principio di effettività, lanciando alcuni significativi segnali in direzione dell'esigenza di una identificazione anche formale dei dirigenti e dei preposti. È quanto può cogliersi, da un lato, nella previsione dell'obbligo di indicare, nel documento di valutazione dei rischi, i *ruoli dell'organizzazione aziendale* responsabili dell'attuazione delle misure di sicurezza a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri (art. 28, comma 2, lett. *d*). E, dall'altro lato, è quanto si coglie dalla nuovissima previsione dell'obbligo di impartire ai dirigenti ed ai preposti un'adeguata e specifica formazione ed un aggiornamento periodico in relazione ai propri compiti in materia di salute e sicurezza del lavoro (art. 37, comma 7)⁴⁵.

⁴³ P. GENITO, *Il ruolo dei preposti. Art. 19*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 294.

⁴⁴ Cass., 20 gennaio 1998, n. 2277, in *Cassazione penale*, 1999, p. 2342.

⁴⁵ P. PASCUCCI, *Appunti su alcune questioni in tema di formazione per la sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, p. 1115 ss.

Sarebbe miope non cogliere le novità di queste previsioni, tutte indirizzate a delineare in modo più razionale il sistema aziendale della prevenzione, sia mediante la predisposizione di organigrammi funzionali che divengono cogenti per il datore di lavoro nel momento in cui li inserisce doverosamente nel documento di valutazione dei rischi, sia tramite la previsione dell'obbligatoria formazione proprio per quei soggetti che andranno a ricoprire le caselle di quell'organigramma.

Tanto che potrebbe ben sostenersi che, in caso di mancata o inadeguata formazione dei dirigenti e dei preposti, le posizioni di garanzia normalmente riscontrabili in capo ad essi non sarebbero configurabili, giacché, dopo l'avvento del d.lgs. n. 81/2008, esse presuppongono che il soggetto a cui vanno ascritte risponda *in toto* ai requisiti di legge. E non è chi non veda come nelle definizioni di dirigente e preposto si sottolinei il rilievo delle *competenze professionali* a cui è strettamente funzionale la specifica *formazione* di cui all'art. 37.

D'altro canto, a riprova del rilievo della esatta definizione formale dei ruoli del sistema di prevenzione aziendale a cui fa cenno l'art. 28, in entrambe le definizioni campeggia il riferimento all'*incarico conferito*.

9. *Diffusione delle responsabilità e garanzia del sistema*

Quanto detto fin qui merita di essere completato con un'ulteriore considerazione.

Nelle moderne organizzazioni produttive il *potere organizzativo* proprio del datore di lavoro – al quale si connette il *dovere di sicurezza* – tende a non concentrarsi più solo nelle mani del datore, ma a distribuirsi sempre più ai suoi collaboratori⁴⁶.

Se il dovere di sicurezza costituisce un limite interno del potere organizzativo (art. 41, comma 2, Cost. e art. 2087 c.c.)⁴⁷, esso si estende a chiunque disponga di quote del potere organizzativo, ovviamente in proporzione all'ampiezza di quest'ultimo.

D'altronde, come emerge dall'*incipit* dell'art. 18 (obblighi dei dirigenti e dei datori di lavoro) e dell'art. 19 (obblighi dei preposti), dirigenti e preposti sono obbligati in relazione alle *attribuzioni* e *competenze* conferite dal datore di lavoro. È quest'ultimo che definisce le porzioni di potere organizzativo degli altri soggetti che essi eserciteranno nel rispetto del dovere di sicurezza.

⁴⁶ Cfr. F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., p. 250.

⁴⁷ L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute*, cit.

Ovviamente, ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di conferire ai dirigenti “deleghe di funzioni” ex art. 16, quando gli obblighi del dirigente emergono dalle *attribuzioni* possono venire in luce le cosiddette “deleghe di esecuzione”⁴⁸, le quali, a differenza di quelle di funzioni, non comportano la traslazione delle responsabilità datoriali, ma solo un coinvolgimento in esse anche dei dirigenti insieme al datore⁴⁹; quando gli obblighi del dirigente emergono dalle *competenze* vengono in luce quegli obblighi connaturali alla funzione dirigenziale, come appunto quelli di *intervento*, di adozione di *misure cautelari*, di *segnalazione*.

Gli obblighi dei dirigenti sono obblighi *iure proprio* che ad essi competono in ragione della loro posizione nell’organizzazione aziendale⁵⁰. La distribuzione *a cascata* delle responsabilità avviene appunto *iure proprio*, a titolo originario, nel senso che il debito di sicurezza si connette al fatto di rivestire una *determinata funzione aziendale*. Non è un caso, allora che, nell’art. 18, gli obblighi del dirigente emergano accanto a quelli del datore di lavoro (fatti salvi quelli indelegabili di quest’ultimo), così da configurare, pur nelle debite proporzioni, una responsabilità solidale di entrambi.

Anzi, a ben guardare, l’allocazione nella stessa norma degli obblighi datoriali e dirigenziali pare svolgere una funzione di *garanzia interna del sistema* che, ancora prima che si attivino i meccanismi di controllo esterno (da parte degli organi di vigilanza e, in ultima istanza, del giudice), ha già al proprio interno, grazie alla *diffusione delle responsabilità*, la possibilità di auto-verificarsi ed auto-emendarsi gravando su tutti i principali soggetti depositari delle posizioni di garanzia.

Il che, a voler approfondire l’analisi, induce a rilevare come la disciplina italiana di fonte comunitaria della sicurezza sul lavoro costituisca *in nuce* già con il d.lgs. n. 626/1994 – e costituisca ancor più ora con il d.lgs. n. 81/2008 – un terreno assai fertile per l’ingresso sulla scena dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza che, come è noto, fanno leva sul modello fondato sul celebre *ciclo di Deming* (*plan-pianifica, do-implementa, check-monitora, act-riesamina*): un modello che organizza una serie di azioni per il miglioramento continuo della situazione.

⁴⁸ Su cui v. F. FOCARETA, *Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza*, in AA.VV., *L’obbligazione di sicurezza, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Torino, 1993, n. 14, p. 121 ss.

⁴⁹ F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., p. 271.

⁵⁰ F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., pp. 271-272.

10. Principio di effettività e assetti organizzativi

Se è incontestabile che il d.lgs. n. 81/2008 non rinnega il principio di effettività sul quale è stato costruito il quadro delle posizioni di garanzia prima del 2008, è tuttavia innegabile che nel decreto di tale anno emerge più di un segnale in direzione di una maggiore *chiarezza dei ruoli*, dandosi risalto alle scelte effettuate dai vertici aziendali in ordine alla ripartizione della sfera organizzativa e dei connessi obblighi di prevenzione.

Come già detto, ciò emerge:

- in virtù delle definizioni delle varie figure soggettive (assenti nella legislazione precedente) in cui si sottolinea l'importanza dell'incarico e delle competenze;
- dall'obbligo di individuare nel documento di valutazione dei rischi i ruoli tenuti a provvedere all'attuazione delle misure di prevenzione;
- dallo specifico obbligo di formazione dei dirigenti e dei preposti che, incidendo sulle loro competenze, evidenzia sia il loro profilo sia la loro responsabilizzazione.

Tutto ciò contribuisce a rendere più chiaro l'assetto del sistema organizzativo della prevenzione aziendale che, in quanto "organizzato", richiede regole chiare finalizzate ad una più evidente responsabilizzazione dei vari soggetti.

Per altro verso, tende a saldarsi, anche se non sempre *in toto*, quella sorta di sfasatura tra *diritto della sicurezza sul lavoro* e *diritto del lavoro generale* rendendo più chiaro il collegamento tra l'apparato di garanzia presidiato penalmente in tema di sicurezza e gli elementi tipici dell'assetto gerarchico/organizzativo aziendale che emerge nell'ordinamento giuslavoristico extrapenale, dal quale lo stesso ordinamento penale speciale trae linfa per individuare le varie posizioni di garanzia.

Quanto al principio di effettività, esso non scompare, giacché la verifica dei poteri in capo ai vari soggetti individuati nell'organizzazione aziendale richiede sempre di essere condotta alla luce del principio di effettività. Tuttavia, pur continuando a svolgere la funzione di necessario vaglio dei vari poteri, il principio di effettività non costituisce (o non pare costituire più) l'unico esclusivo parametro di individuazione delle posizioni di garanzia, dovendo interagire con i dati organizzativi oggi esaltati dal nuovo decreto⁵¹.

D'altro canto, non è un caso che l'esercizio di fatto di poteri direttivi risulti oggi espressamente disciplinato in un'apposita norma (art. 299) che prima non esisteva, sebbene il suo attuale contenuto fosse immanente nel sistema. Una norma che va

⁵¹ Cfr. in tal senso anche F. STOLFA, *Il ruolo del datore di lavoro*, cit., pp. 250-251.

correttamente inquadrata come di *chiusura del sistema* e che, tuttavia, proprio in quanto di chiusura, serve a regolare aspetti che sfuggono ai principi generali del sistema.

Se è vero che anche poche parole del legislatore possono cancellare intere biblioteche, è vero pure che le nuove parole del legislatore del 2008, pur senza mandare al macero i consolidati principi costruiti in passato, indicano una nuova direzione di marcia consistente nella prevenzione organizzata, la quale, come quelle nuove parole, va colta e valorizzata. E ciò con buona pace di chi ancora pensa che tra d.lgs. n. 626/1994 e d.lgs. n. 81/2008 non ci sia differenza alcuna e che quest'ultimo non abbia introdotto novità sostanziali.

11. *Una malangurata conferma: il mancato chiarimento sul ruolo "solo" consulenziale del RSPP*

Vorrei dedicare gli spunti finali di questa fin troppo lunga rapsodia a tre brevi considerazioni che hanno pur sempre a che fare con il *leit motiv* dell'organizzazione.

Il primo riguarda la responsabilità di un altro soggetto del sistema aziendale di prevenzione: il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP). Si tratta di una figura di cui il d.lgs. n. 81/2008 ribadisce la funzione essenzialmente *consulenziale* nei confronti del datore di lavoro, tanto che gli sono ascritti non già obblighi, ma solo compiti, la cui eventuale violazione non a caso non risulta penalmente sanzionata dall'apparato sanzionatorio speciale posto a presidio del d.lgs. n. 81/2008, anche in considerazione della mancanza di poteri d'intervento per attuare le norme di prevenzione.

Peraltro, la giurisprudenza non ha mancato di rilevare che l'assenza di esplicite sanzioni per il RSPP (ora negli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 81/2008) non significa che tale soggetto risulti immune da ogni responsabilità in caso di infortunio sul piano del diritto penale comune qualora l'omesso o inadeguato assolvimento (per imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline) di un compito risulti causalmente rilevante nella produzione dell'evento lesivo, ovvero quando quest'ultimo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che il responsabile avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, così da consentire l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle necessarie iniziative idonee a porvi rimedio ⁵².

Al di là di ciò, il RSPP potrebbe tuttavia continuare a subire anche le sanzioni del d.lgs. n. 81/2008 ove venisse a perpetuarsi la ben poco commendevole prassi di delegargli dirette funzioni operative, così trasformando un soggetto che agisce naturalmente in una posizione di *staff* in uno collocato anche in una posizione di *line*.

⁵² Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2011, n. 2814, in <http://olympus.uniurb.it/>.

Purtroppo, ed è lacuna di non poco conto, il d.lgs. n. 81/2008 non ha provveduto a precludere espressamente la delega di funzioni nei confronti del RSPP. L'ammissibilità di tale delegabilità sconvolge tuttavia il modello di organizzazione della prevenzione in azienda che il legislatore ha opportunamente delineato distinguendo accuratamente le previsioni concernenti gli obblighi di garanzia da quelle attinenti al servizio di prevenzione e protezione. La coincidenza nella medesima persona fisica dei ruoli operativi e di quelli consulenziali finirebbe per dar luogo ad un'intollerabile confusione e sovrapposizione di ruoli e compiti tale da svilire sia le responsabilità di garanzia gravanti sui soggetti collocati nella *linea aziendale* (datore, dirigenti, preposti, lavoratori) sia il precipuo ruolo di consulenza e supporto tecnico all'effettivo ed efficace assolvimento di quelle responsabilità che fa capo al RSPP.

La colpevole disattenzione del legislatore per questi profili esce peraltro ulteriormente confermata da una sorprendente innovazione del decreto correttivo che ha assoggettato a sanzione penale il medico competente che, ove nominato, non collabori alla valutazione dei rischi. Fermo restando che, a differenza del RSPP, il medico competente è gravato di veri e propri obblighi penalmente sanzionati per la sua responsabilità in materia di sorveglianza sanitaria, nel caso della collaborazione alla valutazione dei rischi il medico, esattamente come il RSPP, si atteggia invece come consulente del datore di lavoro, con la paradossale conseguenza che per fattispecie della stessa natura emerge una irrazionale disparità di trattamento tra il RSPP e il medico competente. Disparità che pare evidenziare seri profili di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

12. *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e organizzazione del sistema prevenzionistico*

Il penultimo spunto concerne un altro possibile ostacolo sulla strada di un sistema organizzato di prevenzione aziendale che, per la verità, potrebbe derivare ove, contrariamente all'opinione dottrinale dominante, si asseccasse la tendenza di certa giurisprudenza e della contrattazione collettiva a ritenere ancora vigente l'art. 9 St. lav.

Figlia di una stagione precedente a quella aperta dalla direttiva quadro del 1989 ed incentrata su di una visione ad un tempo *eventuale* e *confittuale* della rappresentanza collettiva dei lavoratori per la sicurezza, quella norma statutaria appare incompatibile non solo con il nuovo modello di rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza incentrato sul rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLS) e sul rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (RLST) – rappresentanza *necessaria* e *obbligatoria* –, ma anche con lo stesso sistema di prevenzione partecipato e organizzato che scaturisce dal d.lgs. n. 81/2008. Infatti, a differenza delle “rappresentanze” evocate nell'art. 9, la rappresentanza del d.lgs. n. 81/2008 è “necessaria” tanto per i lavoratori quanto per lo

stesso sistema di prevenzione aziendale, la cui efficienza dipende infatti dalla costante interazione tra tutti i suoi protagonisti, tra cui spicca il RLS con il suo ruolo marcatamente partecipativo e consultivo.

Di qui la necessità di ribadire la tesi dell'abrogazione implicita dell'art. 9 St. lav. già diffusamente sostenuta alla luce del d.lgs. n. 626/1994⁵³, ma non del tutto condivisa da chi continua ad evocare tale norma⁵⁴: tesi, quella dell'abrogazione, che con il d.lgs. n. 81/2008 riceve nuova linfa dato che l'art. 9 può fondatamente ritenersi abrogato dal d.lgs. n. 81/2008 in virtù del meccanismo della "abrogazione espressa innominata" di cui al suo art. 304, comma 1, lett. *d*, in base al quale è abrogata ogni altra disposizione legislativa e regolamentare nella materia disciplinata da tale decreto che risulti incompatibile con lo stesso⁵⁵. Qui l'incompatibilità prevista non è solo e tanto fra norme, quanto tra le precedenti norme relative a materie disciplinate dal d.lgs. n. 81/2008 e, appunto, quest'ultimo, i suoi principi ispiratori ed il suo complessivo quadro regolativo assai diversi da quelli sottesi all'art. 9 St. lav.⁵⁶.

Per inciso, un'analogia previsione non era contemplata nel d.lgs. n. 626/1994 che anzi prevedeva invece la permanenza in vigore, in quanto non specificatamente modificate dal decreto medesimo, delle disposizioni vigenti in materia di prevenzione, potendo così indirettamente prestarsi a legittimare tesi conservatrici dell'art. 9.

13. *Obbligo di formazione e responsabilità del lavoratore: un'altra novità?*

L'ultimissima considerazione riguarda ancora una volta il "lavoratore", qui inteso però non come mero destinatario della tutela, ma come partecipe delle posizioni di garanzia nei confronti di se stesso e degli altri soggetti che operano al suo fianco (art. 20). Profili per cui il d.lgs. n. 81/2008 ha inquadrato la formazione non solo come un diritto, ma anche come un obbligo del lavoratore.

⁵³ L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in EAD. (a cura di), *La sicurezza del lavoro*, cit., p. 34; C. ZOLI, *Sicurezza del lavoro: contrattazione e partecipazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, I, p. 622; G. PROIA, *Consultazione e partecipazione dei lavoratori*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 200; G. NATULLO, *Rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e rappresentanze sindacali in azienda*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, p. 209.

⁵⁴ Si tratti della giurisprudenza (come ad esempio Cass. pen., sez. IV, 6 agosto 2009, n. 32204, in <http://olympus.uniurb.it/>) o della contrattazione collettiva (v. la banca dati "Contratti di lavoro" in <http://olympus.uniurb.it/>).

⁵⁵ G. NATULLO, *L'assetto delle fonti, le abrogazioni e le disposizioni finali*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole*, cit., p. 44-45.

⁵⁶ P. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08*, in *Diritti lavori mercati*, 2010, p. 670.

A tale proposito ci si può chiedere se questa particolare “responsabilizzazione” del lavoratore, a cui mira indubbiamente la previsione dell’obbligo di formazione, risulti irrilevante sul piano dell’accertamento delle responsabilità in caso di infortunio.

Con ciò non si vuol dire che l’adeguata e sufficiente formazione del lavoratore in materia di sicurezza esoneri sempre e comunque il datore di lavoro da qualunque responsabilità: d’altronde lo stesso d.lgs. n. 81/2008 afferma che l’esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati diversi dal datore di lavoro – tra cui il lavoratore – sussiste solo qualora la mancata attuazione di tali obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti, i quali sono appunto tenuti a vigilare in ordine all’adempimento degli obblighi gravanti su tali soggetti (art. 18, comma 3-*bis*).

Da ciò consegue che, ove un infortunio sia causato da un lavoratore che, pur adeguatamente formato, abbia nondimeno trasgredito i propri obblighi di prevenzione e protezione, il datore di lavoro non sarà chiamato a risponderne, ancorché in concorso con il lavoratore, solo ove dimostri di aver vigilato attivamente sull’operato del lavoratore, vale a dire avvalendosi dei poteri che l’ordinamento gli attribuisce per tutelare il suo ed altrui interesse all’organizzazione del lavoro sicura, compreso quindi il potere disciplinare. E qui sarebbe interessante approfondire – anche se non è possibile in questa sede – il discorso sul carattere doveroso dell’esercizio dei poteri organizzativi datoriali (direttivo, di controllo e disciplinare) in relazione alla protezione di beni superiori quali quelli della salute e sicurezza.

È tuttavia evidente che ove a quel lavoratore sia stata fornita una formazione effettivamente adeguata e sufficiente ciò non potrà non rilevare in sede di valutazione delle responsabilità, proprio per l’intima connessione che la legge ha istituito tra *formazione e lavoro sicuro*⁵⁷, ferme restando ovviamente le ulteriori valutazioni relative ad eventuali corresponsabilità datoriali, come quella di cui si è appena parlato.

Ed è ovvio che, sempre in relazione ad un infortunio, i profili di responsabilità del lavoratore si aggraverebbero vieppiù nel momento in cui questi fosse venuto meno intenzionalmente al proprio obbligo formativo, nel qual caso tuttavia il datore di lavoro difficilmente potrebbe dimostrare l’insussistenza di una propria corresponsabilità nell’infortunio ove non avesse tempestivamente esercitato il potere disciplinare.

Anche recentemente la Cassazione ha affermato che “il datore di lavoro deve avere la cultura e la *forma mentis* del garante del bene costituzionalmente rilevante costituito dalla integrità del lavoratore, e non deve perciò limitarsi ad informare i lavoratori sulle

⁵⁷ R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, cit., p. 157 ss.

norme antinfortunistiche previste, ma deve attivarsi e controllare sino alla pedanteria che tali norme siano assimilate dai lavoratori nella ordinaria prassi di lavoro”⁵⁸.

“Quanto alla condotta del lavoratore... il datore di lavoro... è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del dipendente sia abnorme”⁵⁹, essendo stato posto in essere “del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli – e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro – oppure rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro”⁶⁰.

Dinnanzi ad un simile orientamento ormai consolidato – in cui non pochi intravedono, peraltro impropriamente, l’affermazione del carattere oggettivo della responsabilità datoriale di cui all’art. 2087 c.c. – ci si potrebbe tuttavia chiedere se il concetto di “abnormità” del comportamento del lavoratore possa costituire ancora un efficace discrimine per valutare la ripartizione delle responsabilità. O, in altre parole, se quel criterio di “abnormità” sia del tutto coerente con la visione di un lavoratore al quale il legislatore, mentre gli confermava il diritto alla tutela, ha nel contempo attribuito la responsabilità attiva della propria ed altrui sicurezza anche attraverso il diritto-dovere di formazione.

E, del pari, ci si potrebbe chiedere se quell’obbligo di vigilanza del datore sul comportamento del lavoratore ribadito recentemente dal legislatore non debba essere interpretato tenendo conto del livello di competenza acquisita dal singolo lavoratore anche grazie alla formazione ricevuta. Il che, si badi bene, non significherebbe esentare il datore di lavoro dall’onere-obbligo di vigilanza, ma piuttosto ricondurre tale obbligo entro una sfera di ragionevolezza da valutare a seconda delle caratteristiche di ciascun lavoratore, della formazione da lui ricevuta e, soprattutto, di come egli abbia introiettato tale formazione.

L’immagine del datore di lavoro che insegue spasmodicamente il lavoratore, attimo dopo attimo, per impedirgli di farsi male appare sempre più sfuocata rispetto ad una realtà in cui il lavoratore, almeno per quanto concerne la disciplina della sicurezza, nonostante il permanere della sua debolezza contrattuale, tende ad essere sempre meno un *capite deminutus* ed a divenire co-protagonista attivo della propria salute e sicurezza.

⁵⁸ Cass. pen., sez. IV, 11 agosto 2010, n. 31679, in <http://olympus.uniurb.it/>.

⁵⁹ Cass. pen., sez. IV, 13 ottobre 2004, n. 40164, in *Rivista penale*, 2005, p. 1264.

⁶⁰ Cass. pen., sez. IV, 23 maggio 2007, n. 25532, in *Cassazione penale*, 2008, 11, p. 4316.

Anche in tal senso pare doversi caldeggiare l'adozione e l'efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza di cui all'art. 30, che assicurino un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi alle varie attività di prevenzione, ivi comprese quelle di informazione e formazione dei lavoratori.

Si tratta di modelli organizzativi che debbono in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell'organizzazione e dal tipo di attività svolta, da un lato un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, e, da un altro lato, un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate .

Sebbene tali modelli non esonerino il datore di lavoro dalla responsabilità individuale, né possano essere considerati una standardizzazione dell'adempimento richiesto dall'art. 2087 c.c. , nondimeno possono contribuire – come è stato opportunamente osservato – ad accreditare una nozione di “causa non imputabile” al debitore di sicurezza da intendere non già nel significato di “evento estraneo alla diligenza dell'obligato”, ma in quello di “evento estraneo ad un modello di diligenza esigibile dall'organizzazione aziendale nel suo complesso”⁶¹.

⁶¹ P. Tullini, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 413.

